

EL RIESGO DE INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD DEPENDIENTE EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO*

CARMEN PASTOR SEMPERE**

Resumen

En ocasiones las instrucciones perjudiciales de la sociedad dominante pueden poner en riesgo la solvencia de la dependiente, por ello el Anteproyecto determina su compensación patrimonial a la dependiente. El problema deriva de que, si con posterioridad la sociedad no pudiese soportar financieramente el trance y es declarada en concurso, habrá que articular intereses de naturaleza bien distinta y no siempre bien engarzados por el legislador: conciliar el interés social y el interés del grupo, con el interés del concurso. Se analizan, pues, las pautas interpretativas de la compensación patrimonial a la dependiente como causa enervatoria de la acción de reintegración concursal y la necesidad de realizar alguna matización al Anteproyecto, ya que estas operaciones pueden, aun compensadas patrimonialmente, redundar en una disminución cierta y real de las posibilidades de cobro de sus acreedores.

Contenido

1. Consideraciones introductorias. – 2. “Interés del concurso” e “interés de la sociedad filial”. – 3. La “compensación” a la sociedad dependiente, como causa enervatoria de la acción de reintegración concursal. – 3.1 Contexto del grupo. – 3.1.1. Los conflictos de intereses en situación de grupo y posible relieve del llamado “interés del grupo”. – 3.1.2 La llamada “Disociación temporal del interés social” y su repercusión contable en la imagen fiel de la sociedad dependiente. – 3.2 El “sacrificio patrimonial justificado”. – 3.3 Los “parámetros”. – 3.3.1. El “parámetro contractual”. – 3.3.2. “El parámetro de las ventajas compensatorias”. – 3.3.2.1 Valoración de la recepción de la doctrina de las ventajas compensatorias en el Anteproyecto de Código. – 3.3.2.1 El “control judicial” del perjuicio y su compensación. – 4. A modo de conclusión.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

A menudo las crisis empresariales no solo cuestionan la consistencia de las soluciones aportadas por la propia Ley Concursal, afloran problemas no resueltos de delimitación y conceptualización de otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico. Ello se ha

* El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “La renovación tipológica en el Derecho de Sociedades contemporáneo”, concedido del Ministerio de Economía y competitividad (DER-2013-44438-P, del que es investigador principal el Prof. José Miguel Embid Irujo).

** Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante.

acentuado en un contexto de crisis económica que ha terminado imponiendo nuevas realidades¹. Es ya un hecho “cotidiano” el que una operación de modificación estructural como la escisión la pueda acometer una sociedad en crisis por ser una solución al problema de su insolvencia, en la medida en que le puede permitir separar la parte de la empresa que constituyendo una unidad económica menos afectada, sería escindida y de este modo contribuir a la “conservación de la empresa”. Lo señalado también es reproducible en la “mecánica de operaciones intragrupo” cuando una sociedad es sacrificada por mor del grupo al que pertenece al ser “cargada financieramente” formando parte dicha decisión de la estrategia del grupo. El problema, analizado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia deriva de que, si con posterioridad la sociedad no pudiese soportar financieramente el trance y es declarada en concurso, habrá que articular dos normas de naturaleza bien distinta y no siempre bien engarzadas por el legislador: la societaria y la concursal². Singularmente lo señalado se evidencia en problemáticas muy concretas; dentro de las modificaciones estructurales; la responsabilidad *ex arts.* 75 y 80 de la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante LME) y en los grupos de sociedades en el complejo acotamiento del Interés del grupo y su juego para determinar cuando existe el acto perjudicial para la masa de la sociedad filial que se declara en concurso³.

Qué duda cabe de que todo ello adquiere singular relevancia en un contexto de crisis como el actual, aderezado con ciertas dosis de incertidumbre legislativa⁴. Esto es importante remarcarlo puesto que supone una obligada tarea de construcción y resolución de los problemas que, por lo que a nosotros nos interesa, evidencia que en las decisiones del legislador han pesado más los “argumentos económicos” que los dogmáticos societarios, lo cual nos sitúa en el *Oceanus Procellarum* surgido en la confluencia de los sistemas societario y el concursal, como ya pusimos de manifiesto⁵. No se nos oculta, pues, que la “conexión” se nos presenta de este modo una tarea compleja puesto que el elemento intencional no es criterio rector a la hora de interpretar y aplicar el derecho por nuestros juzgadores que ven como el grupo de sociedades perfectamente lícito, en un contexto concursal pueden llegar a cuestionarse lo cual⁶,

¹ PASTOR SEMPERE, C., “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 21, 2014, pp. 121-145.

² MARTÍ MOYA, V., “Capítulo X. Modificaciones estructurales”, en VV.AA., *Archivo Commenda de Jurisprudencia Societaria 2011-2012*, EMBID IRUJO (dir.), Granada, 2014. pp. 296-299.

³ Tampoco debe dejarse de lado, en este contexto, los beneficios que la sociedad *in bonis* podría disfrutar en un escenario concursal y de los que carecería si se produjeran estas operaciones con respecto a sociedades en situación de crisis económica pero aún no declaradas en concurso, como destaca PULGAR EZQUERRA, J., *Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal* en AA. VV., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, v. II, cit., pp. 733-760.

⁴ En un sentido similar, EMBID IRUJO, J. M., “La incesante reforma del Derecho español de sociedades”, *CDC*, nº 55, 2011, pp. 15-36, considera que, en cualquier caso, la realidad económica cambiante de la economía actual deviene en una incertidumbre que hace aumentar la mutabilidad de esta rama del ordenamiento jurídico.

⁵ PASTOR SEMPERE, C., “Algunas cuestiones concursales en torno a los acreedores de la sociedad escindida y de las operaciones intragrupo”, *RdS*, nº 41, 2013, pp. 401-428

⁶ Ex artículo 6.4 del Código Civil “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”. La cuestión es

“estresa” el ordenamiento jurídico cuya seguridad y certeza no han sido coordinadas adecuadamente, como decíamos.

Para evitarlo, intentaremos buscar alguna pauta interpretativa, recurriendo a las valiosas herramientas proporcionadas por la doctrina y la jurisprudencia, sin desconocer la complejidad y actualidad de dichas cuestiones abiertas⁷ -a las que ayudaba la imprecisión de la regulación del grupo de sociedades en el proyecto de nuevo Código de Comercio⁸- pero que parecen cerrarse en el nuevo diseño realizado por el Anteproyecto de Código⁹, como se comprobará en este trabajo. Ahora bien entendemos que debe abordarse, para comprender su verdadero alcance, a luz de las últimas reformas de nuestra ley concursal, orientadas hacia la “conservación de empresas”, pues introducen una nueva variable a la hora de determinar el concepto de “perjuicio” que tensiona y contrapone la ausencia de personalidad del grupo¹⁰ con la autonomía con la que es considerada la empresa a efectos concursales (Unidad Productiva). Es decir, con la tradicional relevancia jurídica del grupo desde la efectiva integración de la política empresarial de las sociedades¹¹, pues en ese caso cabe afirmar que existe una empresa unitaria -la empresa policorporativa-.

si, siguiendo los cauces dispuestos por el Derecho de sociedades, se llega con determinadas operaciones a un fin condenado por otra norma del Ordenamiento -Ley Concursal-, con independencia de su finalidad defraudatoria, puesto que en principio, es indiferente que el actor tenga intención de eludir la norma defraudada, siendo suficiente con el resultado ilícito. Debe subrayarse que la finalidad defraudatoria tampoco es necesaria en la determinación del acto perjudicial para la masa, ni necesariamente, como veremos, para la activación del mecanismo de responsabilidad solidaria por la puesta en riesgo de la solvencia de la sociedad dependiente (artículo 291-12 del Anteproyecto de Código).

⁷ Cómo se puso de relieve en *VI Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil* días 23 y 24 de mayo de 2013 celebrada en la Bolsa de Valencia (7ª Intervención Sr D. JAVIER GARCÍA MARRERO. Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid. “La rescisión de operaciones societarias” y, 8ª Intervención, “Los efectos de la rescisión”, el Prof. FRANCISCO LEÓN SANZ, el reto que supone; pues como reconocen nuestros Jueces (el Juez de Instancia núm. 3 de Alicante, (con sede Elche) donde se dice en su Sentencia núm. 45/2013 de 10 de mayo de 2013 quinto, “*si bien la inexistencia de pronunciamientos judiciales concretos sobre la cuestión permite albergar dudas jurídicas*”).

⁸ En el “nuevo Código de Comercio”, presentado por el Ministro Gallardón el 20 de junio de 2013, con ciertas dosis de imprecisión señalaba “*Artículo 291-10. Instrucciones a los administradores de la sociedad dependiente 1. Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad. 2. En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad. Artículo 291-11. Perjuicio por ejecución de instrucciones La existencia del perjuicio a la sociedad dependiente, por ejecución de instrucciones de los administradores de la sociedad dominante deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo*”.

⁹ Cuenta con la opinión favorable de nuestra mejor doctrina en Grupos, “*una aproximación razonablemente completa y organizada a la figura del grupo desde la imprescindible perspectiva del Derecho de sociedades*” (EMBED IRUJO, J. M., “El interés del grupo en el concurso” en WWW. COMMENDA (consultada por última vez el 7 de julio de 2014,).

¹⁰ Así la exposición de motivos Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborado por los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, de 30 de mayo de 2014, III-105. In fine, “*Se hace expreso que en todo caso el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica*”.

¹¹ A propósito de la sentencia 80/2014 del Tribunal Supremo (sala de lo Civil, sección 1ª), de 28 de febrero, en la que el grupo aparece considerado en el marco del levantamiento del velo, nos comenta el Prof. EMBED IRUJO que “*Frente al criterio, absoluto y carente de matices, de que el grupo como tal, por representar un supuesto de “dirección externa”, constituye campo abonado para el levantamiento del velo, idea no infrecuente en el pasado, el fallo acierta al salvar la legitimidad del grupo como*

2. “INTERÉS DEL CONCURSO” E “INTERÉS DE LA SOCIEDAD FILIAL”

No puede dudarse que las últimas reformas han procurado, como ha observado nuestra mejor doctrina concursal “la propiciación de la concursalidad conservativa”¹², donde se quiere que las instituciones concursales sean un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial. En definitiva, la satisfacción, lo más eficiente y equitativamente posible de los acreedores y la conservación de la empresa cuando sea económicamente viable. Con todo, las instituciones preconcursales pueden servir de expediente para alcanzar una solución sanatoria y de prevención del concurso¹³. Y todavía más, en determinados supuestos, la empresa unitariamente considerada puede precisar, para su viabilidad, de vinculación a otra titularidad distinta donde, por las sinergias con otras empresas, del grupo o asociadas, encuentre la eficiencia suficiente para permanecer en el mercado. A la luz de los criterios que fija la reforma concursal la solución convencional a la crisis tampoco existe inconveniente alguno para que en su marco pueda ser objeto de transmisión “conservativa” un establecimiento o, incluso, una unidad productiva separada¹⁴, en la medida en que al igual que sucede en las modificaciones estructurales salvaguardan la continuidad de la sociedad fusionada, escindida y ahora, cedida, -mediante cesión global de activo y pasivo-, pues la exigencia de unidad económica -a pesar de su indefinición por la LME- como eje vertebrador de estas

institución jurídica, reservando para el sustancial reproche que dicha técnica representa a aquellos ejemplos de grupo dotados de una notoria estructura centralizada. Se trata de grupos, al fin y al cabo, en los que la personalidad jurídica independiente de cada una de sus sociedades integrantes no traduce, en puridad, un mínimo de autonomía empresarial, constituyendo la dirección unitaria una mera prolongación de los criterios o decisiones de la entidad o sociedad dominante. De este modo, se afirma, a la inversa, que los grupos descentralizados, es decir aquellas figuras en los que sus miembros gozan de una cierta autonomía empresarial, se sitúan al margen, en principio, del levantamiento del velo”. (EMBID IRUJO, J. M, “Levantamiento del velo y grupo de sociedades”, en WWW. COMMENDA (consultada por última vez el 23 de julio de 2014),).

¹² PULGAR EZQUERRA, J. “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, núm. 8391, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2014, Año XXXV.

¹³ La recomendación 30 de la Recomendación de la Comisión europea de 12 de marzo de 2014, *sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, bajo la rúbrica “una segunda oportunidad para los empresarios”, también establece en tres años el período de suspensión de actividad y liquidación de deudas de un emprendedor honrado después del concurso. El régimen del concurso consecutivo también anticipa, aun parcialmente, las recomendaciones 31 y 32, tras la redacción dada al artículo 242.2.5ª LC, que establece, cuando el concurso del deudor empresario persona natural y se califique como fortuito, la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público y siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

¹⁴ Se refieren a la enajenación del conjunto empresarial, de partes autónomas del mismo o de activos esenciales para la actividad, incluso antes del convenio o la liquidación, como mecanismo de satisfacción a los acreedores, FERRÉ FALCÓN, J./FRANCO, P., “Estrategias de reestructuración empresarial en el concurso: suspensión de las facultades de administración y enajenación real de la empresa en la fase común”, *ADCo*, núm. 15, 2008, pp. 635-648; y PULGAR EZQUERRA, J., “La enajenación de activos y unidades productivas en fase común del concurso de acreedores”, en VV.AA., *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, BENEYTO PÉREZ-LARGO GIL (Coords.), Barcelona, 2009, pp. 558-561.

operaciones, deja fuera cualquier duda sobre la apreciación del interés general en la conservación de las empresas¹⁵.

Éstos se convierten en los principales motivos de su protagonismo en el llamado “Derecho de la Crisis”¹⁶, y su “contagio” hacia un principio favorable a la “transmisión de empresas viables”. Así se contempla, de un lado, en el artículo 132-4.2 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil¹⁷ cuando exceptúa la facultad del contratante cedido de dejar sin efecto la relación contractual comunicando su decisión al adquirente de la empresa en las transmisiones realizadas en el marco del concurso de acreedores¹⁸; y, de otro, al extender a la fase común y a la de convenio, los mecanismos de valoración y venta anticipada o urgente de la Unidad Productiva (proceso de admisión de ofertas y de adjudicación) que últimamente han sido reformados en la Ley Concursal. Ello es fruto, sin duda, de la práctica de jueces y administradores concursales¹⁹ en los que han sido decisivos fallos judiciales como los del concurso de la empresa Cacaolat²⁰, entre otros, que han evitado la depreciación que el activo padece, en muchas ocasiones, durante el proceso concursal. En definitiva, maximizar el valor de la masa activa mediante una venta de la Unidad Productiva rápida que permita garantizar la mayor recuperación posible a los acreedores y la supervivencia de empresas viables.

Indudablemente en nuestro Sistema se ha operado una importante transformación y para que lo señalado sea posible, es necesario que de forma armónica todas sus piezas se alineen a este fin, o al menos se depuren aquellas que pueden dificultarlo. Pues bien en atención a ello, ya lo adelantamos, nos merece un juicio positivo el Anteproyecto. Podría entenderse que, subyace un mismo criterio de política

¹⁵ Vid. Sobre el mismo ALONSO UREBA, A., “La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización y régimen”, *RdS* nº, 33, año 2009-2, especialmente, pp. 25 y 26; ALONSO UREBA, A., RONCERO SÁNCHEZ, A., “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales”, *RdS*, nº 34, 2010, especialmente pp. 274 - 275.

¹⁶ Magistralmente, EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, 2013, pp. 88 y ss.

¹⁷ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborado por los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, de 30 de mayo de 2014.

¹⁸ HERNANDO CEBRIÁ, L., PASTOR SEMPERE, C., “La dación de la pyme como unidad productiva en pago de deudas en el acuerdo extrajudicial de pagos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. extraordinario (en prensa).

¹⁹ El paso decisivo en este ámbito, como en otros, lo dieron nuestros Jueces de lo mercantil. Con fecha 3 de julio de 2014, fue publicada una nueva hoja de criterios aprobada por los jueces mercantiles y secretarios judiciales de Cataluña. El documento intenta arrojar luz sobre algunos de los aspectos conflictivos en la normativa concursal que, como vimos en otros trabajos previos, era deseable fueran abordados por el legislador. La principal novedad de la reforma realizada por el RDL 11/2014, de 6 de septiembre, que se encuentra a día de hoy en trámite de convalidación a Ley, reside en establecer un régimen común de transmisión de la unidad productiva en la fase de liquidación, trasladable a todas las fases del concurso, incluida la fase común y al sistema del artículo 43 de la LC. Se trata de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. Así, se introduce la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (artículo 146 bis) y se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores.

²⁰ Concurso de CACAOLAT, AAP Barcelona (Secc. 15.ª) de 6 de febrero de 2012.

jurídica a este Derecho concursal de nuevo cuño, en la regulación del artículo 71 de la LC, y la afirmación del Anteproyecto de que el perjuicio habrá de ser compensado en tiempo y forma²¹. De hecho, la concepción del Anteproyecto de Código vendría a mitigar el riesgo de rescisión, pues contribuiría a la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial “la satisfacción de los acreedores”²².

Ahora bien, esa mayor satisfacción puede venir de la “conservación de la empresa”, de ahí que la reforma concursal aborde por vez primera su valoración en el informe de la Administración Concursal²³. Pero ello no necesariamente debe traducirse en la conservación de la empresa a ultranza -como “única” finalidad orientadora de la nueva concursalidad-. Debe entenderse e interpretarse en sus justos términos, sin llevarse al exceso, y desecharse sino garantiza la mayor recuperación posible a los acreedores. Lo contrario, no situaría en una nueva dimensión que, hoy por hoy, no ha alcanzado nuestro Derecho concursal.

Resulta complejo, pues, pronunciarnos con carácter general sobre si la existencia del perjuicio se puede establecer su correspondiente traducción en la pérdida de posibilidades reales de viabilidad de la empresa y su prueba, pues todo ello indudablemente pasa por analizar dicho perjuicio y si su “su contexto” fue capaz de amortiguarlo, es decir, si ha sido “compensado cuantitativamente con una ventaja cierta y proporcional” y no ha perjudicado a la masa activa.

El juicio sobre el perjuicio exige además, a la hora de determinar si ha existido una operación intragrupo lesiva, el examen del acto patrimonial en sí mismo y en su contexto contractual pues no se da en todo acto de disposición patrimonial, así por citar un ejemplo, cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Por otro lado, es preciso que

²¹ Como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto, (III-108 *in fine*) para determinar la existencia o no “*el perjuicio habrá de ser compensado en tiempo y forma, de modo que la falta de compensación es el presupuesto de la responsabilidad por el daño causado que puede exigirse solidariamente a la sociedad dominante, a sus administradores y, en su caso, a los administradores de la propia sociedad dependiente*”. Y en su artículo 291-9. 1. “*Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad*. 2. *En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad*”.

²² AZOFRA. F., “Reestructuración de deuda: la transmisión de activos”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 50, diciembre de 2008, p. 55.

²³ Así pues, la reciente redacción del artículo 75 de la LC incluye un número 5 al apartado 2, en los siguientes términos: “*5.º Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación.*” Ya apuntábamos como propuesta de *lege ferenda*, que el Informe, debía proporcionar una “*imagen estática, poliédrica y actual*” de la situación patrimonial de la empresa concursada. Es decir, no se trataba de que la administración concursal hiciera un estudio de viabilidad sobre la continuidad de la empresa (lo cual, obviamente, podría suplirse con la figura de los auxiliares); simplemente su labor debía acotarse a suministrar *la información suficiente* con la finalidad de que los sujetos involucrados en el proceso concursal dispusieran de una *información adecuada* acerca del valor de la empresa en funcionamiento, pero también, y a la vez, sobre el valor de liquidación. Vid. PASTOR SEMPERE, C., “Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)” en AA.VV *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2006, pp. 490- 522.

dicho sacrificio carezca de justificación. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales, como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor, que puedan privar de justificación al pago, en atención a la vulneración de la *par condicio creditorum*²⁴.

Y añadiríamos más tras las últimas reformas concursales; que no le haya privado de un elemento que precisaba para mantener su actividad. Así, al margen de las operaciones intragrupo pero con indudable repercusión sobre ellas, nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 abril 2014, entendió que una dación en pago causó perjuicio grave a la concursada *por haberle privado de un elemento que precisaba para mantener su actividad*, y por infringir el principio de trato igual a los acreedores²⁵. A estos efectos, no es menos importante la reciente reforma operada por la *Ley para la mejora del gobierno corporativo* en las competencias de la Junta, pues se introduce su poder de decisión “sobre los activos esenciales” con una nueva letra f) que se adiciona al Artículo 160. Competencia de la junta y señala “*La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*”²⁶.

Aflora, pues, la necesidad de realizar alguna matización al Anteproyecto. Es cierto, que no pueden dejarse de señalar las dificultades ya existentes para conciliar el interés social y el interés del grupo, y que en muchos casos no tiene por qué haber oposición: -una manera de maximizar el interés del grupo es maximizando el interés de todas sus unidades productivas-. Pero no es menos cierto que en otros surgirá la tensión -vgr.: transferencias intragrupo, que aun cuando benefician a la empresa policorporativa, resultan lesivas para la empresa concursada-. Y que estas transacciones, aun compensadas, puedan implicar que se le ha privado a la dependiente de un elemento que precisaba para mantener su actividad y, consiguientemente, comprometan su viabilidad y las posibilidades de cobro de sus acreedores. Por ello, y siendo en la actualidad una hipótesis, no podemos descartarla pues, “*es también misión de la doctrina de los grupos de sociedades ponderar el alcance de estos posibles conflictos y elaborar los remedios de que echar mano cuando se presenten*”²⁷.

²⁴ SANCHO GARGALLO I., “Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal”, nº 4, *RJC*, 2004, p. 159 y 165.

²⁵ En un supuesto en el que partiendo deudas vencidas previas, se entrega para pago de parte de las mismas una máquina -sustituido así parte del precio por la entrega de tal útil (dación en pago)-, operación que declarado el concurso se rescinde. Un comentario sobre la misma puede encontrarse en RODRÍGUEZ ACHUTEGUI. E., “Inexistencia de crédito restitutorio contra la masa tras la rescisión de una dación en pago (A propósito de la STS 9 abril 2104)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2014, parte Comentario.

²⁶ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.

²⁷ PAZ-ARES, C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1999, pp. 223-252.

3. LA “COMPENSACIÓN” A LA SOCIEDAD DEPENDIENTE, COMO CAUSA ENERVATORIA DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL

3.1. Contexto del grupo

3.1.1. Los conflictos de intereses en situación de grupo y posible relieve del llamado “interés del grupo”

Muchas páginas se han dedicado a comentar la acción de reintegración, como particular mecanismo introducido por nuestra Ley Concursal (en adelante LC), pero no se puede decir lo mismo de su operativa ante un grupo de sociedades²⁸. En efecto, un paso previo para declarar la procedencia de la acción rescisoria –dado que no se requiere, en este caso, por la LC elemento intencional alguno– es determinar que los actos objeto de rescisión no han sido realizados en condiciones normales. Es obvio que este aspecto del concurso, al igual que otros, tiene su primer y fundamental obstáculo en los límites derivados de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades que lo integran o en la correlativa ausencia de personalidad jurídica del grupo, a pesar del reconocimiento de su legitimidad. La tensión entre esa vinculación patrimonial y la autonomía formal será permanente en el concurso desde su iniciación, hasta su terminación. Pero no todas las operaciones realizadas entre las sociedades pertenecientes a él deben ser calificadas como “ordinarias”. Al contrario, aumentan los supuestos en los que las normas mercantiles tratan de combatir esas operaciones económicamente irracionales y jurídicamente ilegítimas.

Estas acciones, ya lo adelantamos, deberían ejercitarse frente a aquellas operaciones justificables por el interés de grupo, -como actos ordinarios de la operativa grupal, no de la actividad empresarial a efectos concursales (art. 71.5.1.º LC)-, cuando, sirvan para imponer decisiones que resultan desproporcionadas y llegan a amenazar la propia solvencia y viabilidad de las sociedades afectadas. De ese modo, la gestión común de la tesorería que permite disponer de la liquidez a favor de las sociedades del grupo que en cada momento lo demandan y, además, obtener una rentabilidad basada tanto en su colocación, como en el ahorro de costes inherentes a obtener esa liquidez de terceros podría ser encuadrada como parte de “la operativa ordinaria y normal”. Otras veces, al contrario, no deberían ser conceptuadas dentro de “la operativa ordinaria y normal” porque la unidad de decisión ha sido precisamente la que ha impuesto decisiones que han afectado la capacidad de la sociedad filial de cumplir sus obligaciones. Y es que, la jerarquía inherente a muchos grupos se traduce con frecuencia en la imposición de decisiones que, basadas en el interés del grupo y en contra de los intereses de los accionistas minoritarios e, incluso, de sus administradores, merman la solvencia de la sociedad filial afectada, hasta el punto de que quienes no son responsables de esa situación, pueden acabar siéndolo de solicitar la declaración de concurso. En otras ocasiones, la dependencia o subordinación conlleva que la

²⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. J., “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *ADC*, nº 5, 2005, pp. 7-60.

insolvencia de una sociedad contagie a las demás, de suerte que el concurso de la dominante provoque un efecto imparable sobre las filiales, que se ven arrastradas a tener que iniciar sucesivos procedimientos concursales²⁹.

Lo señalado nos conduce inevitablemente a los conflictos de intereses en situación de grupo y al posible relieve del llamado “interés del grupo”, entendido como interés de la empresa policorporativa, cuyo máximo exponente en su tratamiento en nuestro país es el profesor EMBID IRUJO³⁰. Pues bien, con independencia, en todo caso, de los vínculos que unan a las sociedades agrupadas, y de la estructura organizativa de que se doten, ha de afirmarse que el grupo constituye una realidad relevante para el ordenamiento jurídico en la que destaca su condición de empresa articulada mediante diversos sujetos de Derecho. Esta característica es, sin duda, la causa del éxito de esta singular modalidad de concentración empresarial en la realidad económica de nuestros días; pero es, a la vez, la fuente de numerosos problemas derivados del conflicto típico que los grupos plantean: la posible contradicción entre los intereses de la empresa como tal -el grupo- y los intereses de las sociedades, u otros sujetos de Derecho, que la compongan.

Puede hablarse, así, de un interés del grupo, identificado en los grupos jerárquicos, a veces con cierta precipitación, con el interés de la entidad dominante, que ha de constituir de hecho la pauta de comportamiento de las sociedades agrupadas³¹; pero como, a su vez, estas últimas han de promover su propio interés, tan legal y

²⁹ Una tratamiento del problema puede encontrarse en el trabajo del Prof. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “Grupos de empresas y el concurso de acreedores”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley concursal*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Coords.), Madrid 2004, pp. 737 y ss.

³⁰ Que puso además de relieve, en numerosos trabajos una nueva dimensión, no suficientemente analizada en la doctrina, del conflicto de intereses en el grupo al insertarse en su seno otros intereses no estrictamente particulares, una realidad cierta y característica en el seno de los grupos. No ha de ocultarse, del mismo modo, que la existencia, también real, del conflicto de intereses apuntado; se trata, en todo caso, señala el Prof. EMBID, de un conflicto cuya resolución ha de evitar los dos extremos a priori imaginables: de un lado, el otorgar perpetua prioridad al interés del grupo, sin preocuparse de la suerte de los intereses sociales particulares y de los sujetos (socios, acreedores y trabajadores de las sociedades filiales) a ellos conectados; de otro, el reconocer, de acuerdo con el Derecho de sociedades vigente en casi todos los países actualmente, la existencia insoslayable del interés particular de las sociedades agrupadas. De seguir la primera solución, la formación de un grupo supondría la conversión en “esclavas” de las sociedades o entidades integrantes; de atender, en cambio, a la segunda solución, la tutela excesiva de estas últimas haría imposible el funcionamiento del grupo como tal. A la vista de lo expuesto, cualquier intento de regulación legal de los grupos de sociedades habrá de partir del necesario respeto al interés del grupo, que constituye, con los matices debidos a la modalidad de que se trate, la razón de ser de la existencia de la empresa de grupo. Tal cosa supone reconocer la licitud de las instrucciones impartidas por la entidad cabecera del grupo en uso de la dirección económica unificada que le corresponde. Además, para que dichas instrucciones permitan la realización del interés del grupo hace falta que sean consideradas vinculantes, esto es obedecidas por los órganos de las sociedades agrupadas, siempre que se desenvuelvan en el marco del interés del grupo. Sobre esta premisa, puede suceder que algunas de esas instrucciones resulten perjudiciales para la sociedad ejecutora de las mismas, lo que no empaña en absoluto su licitud si esta última recibe una compensación adecuada que sirva de contrapartida al daño experimentado. vid entre otras de sus numerosas aportaciones, en referencia a este tema concreto que ahora abordamos, EMBID IRUJO, J. M., “Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades”, en AA.VV., *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, PACIELLO, A. (ed.), Napoli, 2011 pp. 191-245.

³¹ FUENTES NAHARRO, M., *Grupo de sociedades y protección de acreedores. Una perspectiva societaria*, Madrid, 2007, p.134. Desde la ley concursal, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a, “Grupos de empresas”, cit., pp. 737-753.

legítimo como el anterior. Se abre la posibilidad de conflicto antes apuntado, cuya resolución viene a constituir el nudo gordiano del Derecho de los grupos de sociedades. En definitiva, si las operaciones intragrupo suponen “un conflicto de interés” y causan “un perjuicio” evidente de la sociedad del grupo individualmente considerada, y a sus acreedores y socios, especialmente los externos, aunque ello redunde en beneficio de las restantes sociedades del grupo y no lo olvidemos, también a sus acreedores y socios³². Se hace imprescindible, por tanto, la revisión de los límites del concepto de interés social, y con ella, la delimitación de los acuerdos lesivos y sus posibilidades de impugnación³³.

3.1.2. La llamada “Disociación temporal del interés social” y su repercusión contable en la imagen fiel de la sociedad dependiente.

Se ha apuntado tanto por la jurisprudencia como por algún autor el que “*puede prevalecer el interés de grupo si, pese a lesionarse el interés de la filial, se compensa este perjuicio*”³⁴. Para sus seguidores el interés de grupo se invoca, de este modo, como causa de justificación de actos que un diligente administrador de la sociedad aislada no hubiera ejecutado³⁵. Estas “instrucciones perjudiciales”, ejecutadas por los administradores de la filial en ejecución de la planificación estratégica del grupo, no

³² De esta problemática se ha ocupado en profundidad FUENTES NAHARRO, M., *Grupo de sociedades y protección de acreedores. Una perspectiva societaria*, Madrid, 2007, y últimamente, “La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español”, *ADCo*, nº 22, 2011, nos remitimos a estos trabajos y a la doctrina extranjera allí citada.

³³ Sobre ello, FERRANDO VILLALBA, L. “Gobierno corporativo y crisis económica: la delimitación de los nuevos “intereses sociales””, en VV.AA., *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, EMBID IRUJO (dir.), Granada, 2013 pp. 95-109; SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *RDM*, nº 246, 2002.

³⁴ La apuntada necesidad de compensar a la sociedad filial ante los daños derivados del acatamiento del interés del grupo que apunta, de manera indirecta, a la tutela de los intereses de los acreedores y de los accionistas externos al grupo; orientación básica del Derecho de grupos, quedó expresamente acogida en el art. 595 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, en su página 217: “1. En el caso de que se ocasione algún perjuicio a la sociedad dominada por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, ésta deberá abonar a aquélla una compensación adecuada. 2. Los administradores de la sociedad dominada deberán expresar en la Memoria la causa y la cuantía del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y la cuantía y condiciones de pago de la compensación”. En igual sentido, el *Informe Winter*, p. 97, que se remite además a la importante contribución del conocido *Forum Europaeum Derecho de Grupos*, vid. “Por un Derecho de los Grupos de Sociedades para Europa”, en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 548-557. Vid. también recientemente, la exposición realizada sobre esta tendencia por PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *RDCP*, nº19, *Sección Varia*, Segundo semestre de 2013.

³⁵ La Guía Legislativa sobre Insolvencia de la CNUDMI también se hace eco de este problema señalando que: “*algunas operaciones tenidas por legítimas en el seno del grupo de empresas pudieran no estar comercialmente justificadas fuera de este contexto, si se analizan a la luz de las condiciones comerciales normales*” (nota de la secretaría, apartados 75 a 82, con referencia a las recomendaciones 87 a 99, pp. 43-46, y recomendaciones 217 y 218). En definitiva, apunta a la exigencia de atender a la finalidad de la operación en su conjunto, es decir, si la operación ha contribuido al rendimiento comercial del grupo y si, gracias a la operación, las empresas del grupo u otras personas allegadas han obtenido una ventaja que normalmente no se otorgaría entre partes no allegadas.

constituyen en sí mismas una patología³⁶, sino una realidad consecuencia del carácter jerárquico con que el grupo se organiza³⁷. Ha de llevarse a cabo, entonces, según esta doctrina, la ponderación de los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas obtenidas por la dominante o por el grupo en su conjunto o, incluso, por las ventajas “compensatorias” obtenidas por la propia filial como participante de las “sinergias creadas por el grupo”, beneficio este que debe revertir al grupo, no a terceros por ejemplo, a un socio mayoritario de la matriz o de alguno de sus acreedores. Es lo que se ha denominado “disociación temporal del interés social”³⁸, pues a la postre el acto perjudicial, inicial y paradójicamente, está beneficiando al interés social. Esta disociación implica, aunque sea en apariencia, una distorsión “temporal” de la imagen fiel de la filial.

Ello se evidencia en situaciones de grupo complejas como la recogida por la Consulta núm. 2 del BOICAC núm. 97 de marzo de 2014, en el que la sociedad dominante de un grupo de sociedades acuerda instrumentar un plan de retribución a ciertos empleados del grupo con instrumentos de patrimonio propios de dicha sociedad, es decir, la obligación de la sociedad dominante se cumple mediante la entrega de instrumentos de patrimonio emitidos por esta sociedad. Lo relevante a nuestros efectos es, que dicho plan incluye también a empleados que prestan sus servicios en diversas sociedades filiales del grupo y la compleja contabilización de su compensación³⁹. Como

³⁶ Tampoco puede descartarse la especial importancia que cobra la posibilidad de imponer a la sociedad dominante alguna responsabilidad por su dirección sobre la filial que ha devenido insolvente, en especial considerando la repetida invocación que el régimen concursal hace a los administradores de hecho. Vid sobre esta temática. FUENTES NAHARRO, M., “La funcionalidad de la figura del administrador de hecho como vía de imputación de responsabilidades intragrupo (una aproximación a la delimitación conceptual de la figura)”, en http://www.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicacion_monica_fuentes.pdf, en especial, p. 11 y ss.; HERNANDO CEBRIÁ, L., “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, *RDM*, núm. 280, 2011. pp. 133-168.

³⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *ADCo*, núm., 5, 2005 pp. 7-60. El autor parece posicionarse a favor de la irrevocabilidad de las operaciones intragrupo en condiciones normales: “*Estas acciones no deberán ejercitarse frente a aquellas operaciones justificables por el interés de grupo como actos ordinarios de la actividad empresarial*”. En contra, SARAZÁ GIMENA, “Responsabilidad concursal y grupos de sociedades”, *ADCo*, nº 10, 2007, quien se opone a la posición del profesor SÁNCHEZ CALERO argumentando que “*el simple acto de que se trata de una operación intersocietaria realizada en interés del grupo no transmuta su naturaleza de acto no ordinario o realizado de modo no perjudicial para los acreedores (...) el interés de los acreedores, que es el que primordialmente debe defender los administradores concursales, primeros legitimados para ejercitar estas acciones, no puede verse desplazado en este extremo por el interés del grupo*”.

³⁸ Así, la contradicción que supone el enfrentamiento del interés social que cada sociedad del grupo persigue y los sacrificios que le son exigidos en nombre del interés común, es superada a través de la disociación temporal de la noción de interés social, puesto que si la sociedad realiza un acto contrario a su interés social inmediato a favor de interés del grupo está, en realidad, persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio MONTANELI, “*Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*”, en VV.AA. *I gruppi di società (Atti del convegno internazionali di studi)*, Venecia, 16-17-18 novembre 1995, II, Giuffrè, Milano, 1996, págs. 1627 y ss, pág. 1643 citado por FUENTES NAHARRO, M. *Grupos de sociedades*, cit.

³⁹ Pues bien, sin perjuicio de la dificultad apuntada por el propio ICAC en este supuesto, se señala que “*si la obligación de entrega de los instrumentos no recae en la sociedad dependiente, sino en la dominante, que asume el compromiso en contraprestación del servicio que los trabajadores "aportan" a la filial a*

advierde el ICAC (núm. 2 del BOICAC núm. 97 de marzo de 2014), *“a la vista del carácter singular de las relaciones jurídicas descritas, en cuya virtud, el gasto de personal de la sociedad dependiente originará un desembolso en efectivo por una causa distinta, pero simultánea, a la entrega de los instrumentos de patrimonio a los trabajadores, es preciso realizar algunas observaciones sobre los efectos mercantiles (naturaleza) de las citadas operaciones societarias no genuinas, pues no cabe duda que de generalizarse esta práctica (para las restantes adquisiciones de bienes o servicios), los acuerdos sincronizados de “entrega de instrumentos” y “disposición de efectivo” podrían vaciar de contenido el principio recogido en el apartado 1 del Marco Conceptual de la Contabilidad (“el sujeto contable que informa como persona jurídica individual, lo hará con independencia del grupo de empresas al que pueda pertenecer”), con el consiguiente perjuicio para alcanzar el objetivo de la imagen fiel”*⁴⁰.

Debe darse por tanto una información complementaria, destinada a ofrecer la imagen fiel de la realidad contable de la dependiente. No podemos olvidar, a estos efectos, el *“juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria”* presentadas por el concursado (75.1. 2º de la LC) que debe realizar la administración concursal en su Informe⁴¹. Por ello acertadamente el artículo 291-11. del Anteproyecto matiza *“2. En el informe de gestión de la sociedad dependiente se expresarán la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad por la*

cambio de las opciones recibidas, el Instituto opina que la “compensación” que se describe en los antecedentes se deberá calificar como una operación “distinta”, porque en tal caso el “pago” del servicio no se realiza en efectivo sino mediante la entrega de instrumentos de patrimonio neto por parte de la sociedad dominante a los trabajadores de la filial. Esto es, bajo esta premisa, el servicio de personal lo adquiere la sociedad dependiente a título de “aportación” de la sociedad dominante, estableciéndose la relación jurídica entre los trabajadores de aquella y esta última”. A mayor abundamiento, cuando la obligación (de entregar sus propios instrumentos de patrimonio a los trabajadores de la sociedad dependiente) es asumida por la sociedad dominante, sin contraprestación por la filial, el Instituto ha interpretado en su consulta 7 del BOICAC núm. 75, de septiembre de 2008, que los hechos deben calificarse “como una operación de “aportación”, cuyo registro contable sería el siguiente: a) En la filial, efectuando una aplicación analógica de la NRV 17ª, se reconocerá un gasto de personal de acuerdo con el principio de devengo, con abono directo a los fondos propios (en el epígrafe “Otras aportaciones de socios”). Ambos importes habrán de valorarse por el valor razonable de los instrumentos de patrimonio cedidos, referido a la fecha del acuerdo de concesión. En las transacciones en las que sea necesario completar un determinado periodo de servicios, el reconocimiento se efectuará a medida que tales servicios sean prestados (a lo largo del citado periodo). b) De manera simétrica, la operación supone una aportación a la dependiente que se hace efectiva mediante el servicio de personal que ésta recibe a cambio de los instrumentos de patrimonio propio de la dominante. Por ello, en la respuesta se aclara que la contrapartida de las opciones entregadas constituirá, con carácter general, un mayor valor de la inversión que tiene la sociedad dominante en el patrimonio de la filial”.

⁴⁰ Previamente el ICAC ya determinó - BOICAC núm. 96, diciembre 2013. Consulta 10, sobre el reflejo contable del importe recibido de la sociedad dominante para el pago de las indemnizaciones al personal en la sociedad dependiente- *“El registro contable de las operaciones debe realizarse atendiendo al fondo económico y jurídico que subyace en las mismas, con independencia de la forma empleada para instrumentarlas, una vez analizados en su conjunto todos los antecedentes y circunstancias de aquellas, cuya valoración es responsabilidad de los administradores y, en su caso, de los auditores de la sociedad. En este sentido, el artículo 34.2 del Código de Comercio establece que en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica”.*

⁴¹ Sobre ello nos remitimos a nuestro trabajo PASTOR SEMPERE, C., *“Cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal”*, en VV.AA., *Gobierno corporativo y crisis empresariales (II Segundo Seminario Harvard-Complutense)*, cit.

ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación”.

3.1 El contexto del “sacrificio patrimonial injustificado”.

Su examen ha sido realizado, en la mayoría de supuestos, desde la perspectiva de las llamadas “garantías contextuales”. Sobre ellas hay un amplio debate entre Audiencias como la de Oviedo, que suelen considerar un acto gratuito - el que la filial otorga la garantía sin contraprestación a favor de otra sociedad del grupo- y son reticentes a aceptar que las ventajas derivadas de la pertenencia al mismo neutralicen la gratuidad que se sostiene en otros contextos como “sacrificio patrimonial injustificado”⁴². Sin embargo, para Audiencias como la de Alicante no parece descabellado, plantear que dichas ventajas –máxime si, por ejemplo, ha permitido a la sociedad concursada dotarse de recursos financieros o acceder a determinados contratos- puedan efectivamente desvirtuar la gratuidad del acto; o que, incluso, al constituir el grupo de sociedades una única empresa plurisocietaria que tiene un interés propio, resulte contradictorio considerar gratuita una operación realizada en interés de grupo⁴³. Como vemos la Audiencia de Alicante interpreta de forma muy amplia el beneficio que “de forma indirecta” percibe la sociedad del grupo (que acaba en concurso) al hipotecarse a favor de otra sociedad del grupo, porque considera que es “operación ordinaria”, que debe ser “contemplada en su contexto”⁴⁴ de lo que claramente se deduce su posicionamiento por “la doctrina de la compensación, teoría cualitativa, caracterizada por una mayor flexibilidad y discrecionalidad para el juzgador” y una noción “muy estricta de perjuicio”⁴⁵, de las que seguidamente se hablará, no sin advertir que ello ha sido

⁴²Como indica la SAP O 714/2012 Id Cendoj: 33044370012012100067, Ponente: ANTON GUIJARRO. J.

⁴³ Para ilustrar lo señalado, vid. Audiencia Provincial de Alicante (secc. Octava) (Ponente: SOLER PASCUAL, L.A.), en su sentencia de 31 de mayo de 2013.

⁴⁴ Al respecto señala PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *RDP*, nº 19, Sección Varia, Segundo semestre de 2013. “*si la garantía se constituye sin conexión con el negocio garantizado, de forma o contextual, si no supone una contraprestación del deudor por la concesión de crédito, entonces la garantía se ha constituido a título gratuito. Por ello resulta obligado, y esto es lo complejo del asunto, analizar la estructura jurídico-económica del negocio: el deudor otorga la garantía porque ello le “compensa” pese a los costes que asume, para poder acceder a la prestación del acreedor, el cual, a su vez, concede el crédito por la seguridad que le supone la garantía. Si así son las cosas —como debería ser normal en el tráfico—, la garantía es contextual, y sólo puede rescindirse si se acredita el perjuicio por el actor, sin el beneficio de ninguna presunción legal. Si la constitución de la garantía no está en la causa jurídico-económica del negocio, entra en juego la presunción del art. 71.3.1.º, y será el deudor el que tenga que probar que no hubo perjuicio*”.

⁴⁵ Si bien la doctrina más autorizada se inclina por *interpretación estricta* (BELTRÁN, E. en *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), II, 2ª ed, 2007, p. 1024) entiende que “*La ley no define el perjuicio, si bien la letra del artículo 71 (que se refiere reiteradamente al perjuicio patrimonial) y la propia rúbrica del Capítulo IV del Título III (“efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”) inducen a seguir una interpretación estricta en el sentido de que sólo podrá considerarse que existe perjuicio cuando el acto produzca una reducción del patrimonio del concursado, que construye la garantía de los acreedores, sin que haya de valorarse, por el contrario, los efectos que el acto pueda producir en la ordenación de la masa pasiva*”.

resuelto por el Anteproyecto de Código de forma clara, y entendemos evitará eventuales acciones de reintegración (*Artículo 291-14. Garantías*).

Con carácter general, opinamos que, aun pudiendo cuestionar la gratuidad de un determinado acto entre -o a favor- de sociedades del grupo, será determinante si, -aun oneroso- el acto resulta perjudicial para la masa y es un elemento imprescindible para su viabilidad.

Al respecto, puede decirse que resulta altamente criticable esta tendencia que quiere graduar y relativizar “el perjuicio” cuando se trata de operaciones intragrupo, al vincularlo con una ampliación desmesurada de lo que se considera operación ordinaria, fijándolo como contexto, y de ese modo defraudar las expectativas de cobro de los acreedores de la sociedad del grupo concursada “*al disminuir o dificultar la satisfacción colectiva de los acreedores concursales*”⁴⁶. No bastará, pues con indicar que en estas operaciones, -por necesaria que sea para la propia identificación del concepto de grupo la estrategia común de financiación y por frecuentes que puedan ser las operaciones vinculadas- operan como causa enervatoria del perjuicio consistente en la realización de actos ordinarios de la actividad empresarial (art. 71.5.1.º), cuyo ámbito de aplicación se sabe limitado.

Esta conclusión se soportaría entendemos en supuestos al que ya aludimos, como el comentado en la Consulta de contabilidad núm. 2 del BOICAC núm. 97 de marzo de 2014, -de plantearse en un contexto concursal- pues depende de “*los términos pactados en el seno del grupo*”. La evidencia de que la sociedad dependiente está retribuyendo a sus trabajadores, al “compensar” a la sociedad dominante por la entrega de los instrumentos de patrimonio a los trabajadores, -actuando esta última como agente o intermediaria pero en ningún caso como obligada de la relación jurídica principal que, en este caso, vincularía a la sociedad dependiente y sus trabajadores- no convierte la operación en la realización de actos ordinarios de la actividad empresarial (art. 71.5.1.º LC). Esto es, la existencia de una obligación de entrega de instrumentos de patrimonio de la dominante por parte de la sociedad dependiente a sus trabajadores, que la sociedad dominante ejecuta por cuenta de la filial y que señala el ICAC, “*proporcionando al mismo tiempo el medio de pago a cambio de la diferente contraprestación (“compensación”) acordada, según los casos, en los términos pactados en el seno del grupo*”. Ello nos introduce, además, en la problemática de la valoración de los pagos no realizados en moneda de curso legal y la tradicional desconfianza de nuestra

⁴⁶Indica PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *RDP*, nº 19, Sección Varia, Segundo semestre de 2013. “*como ejemplo de una línea jurisprudencial mayoritaria—, la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 8 de Madrid de 8 de febrero de 2012 (26) afirma que la mera existencia del grupo no implica en modo alguno que las operaciones vinculadas “irradien de modo automático efectos respecto a las demás personas jurídicas independientes integradas en el grupo”; corresponde al demandado —se dice—, que invoca tal interés, justificar su existencia, que en el caso no se logra, por lo que estima la demanda de integración. Las sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 8 de noviembre de 2011 y 28 de septiembre de 2012, siguen el esquema argumental que aquí se propone, analizando la presencia del grupo y rechazando en el caso la presencia de un interés superior legitimador de la operación rescindida. Confirmamos, pues, cómo la concreción del perjuicio se convierte en el deus ex machina del éxito de la oposición a acciones rescisorias que juegan con la ventaja de la invocación de las presunciones legales*”.

jurisprudencia hacia algunos de ellos, a los que ya nos referimos recientemente⁴⁷.

Podemos concluir que no cabe la compensación intragrupo sino existe una proporcionalidad en los valores de *“la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado (...) y las condiciones de la compensación”* (artículo 291-11.p.2 *in fine* del Anteproyecto), y por tanto *podría ejercitarse la acción de reintegración*. Sin perder de vista que, en su caso, además aun existiendo la compensación en los términos señalados, podría ser susceptible de reintegración, aquellas operaciones justificables por el interés de grupo, cuando, sirvan para imponer decisiones que resultan desproporcionadas y llegan a amenazar la propia solvencia de las sociedades afectadas y/o comprometan la viabilidad de su/s Unidad/es Productiva/s.

3.3. Los “parámetros”

3.3.1. El “parámetro contractual”

A los efectos de este trabajo y desde el punto de vista de los acreedores de la filial “sacrificada”, sus trabajadores, su Administración Concursal, y por qué no de la propia sociedad concursada que puede aspirar a alcanzar un convenio de continuación, resulta muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 28 Mar. 2012, rec. 550/2009. Sentencia: 185/2012, ya que sienta una importante doctrina en materia de acción de reintegración concursal y grupos de sociedades⁴⁸, pues -a pesar de señalar las grandes similitudes entre las acciones de reintegración concursal, y la rescisoria regulada en el artículo 1290 y siguientes del Código Civil- nos indica que: *“Los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe”*. Los términos de la norma *“serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa...”* permiten afirmar a la Sala la impugnación de concretos comportamientos aislados del contexto en el que se desarrollan, incluso cuando se trata de actos debidos -como lo demuestra la posibilidad de atacar pagos anticipados a acreedores de las sociedades del grupo-, por lo que desde la perspectiva teórica podría mantenerse por un lado la eficacia

⁴⁷ *“Forman parte del catálogo típico de operaciones sujetas a rescisión concursal”*. Quizá la razón de la desconfianza en su “tratamiento” resida, por un lado, en la arraigada creencia de que la institución de la dación en pago, es, en esencia, “un acto perjudicial para los acreedores” inclusive para el deudor; y por otro, en la ausencia de tipicidad legal y su equívoca asimilación, en virtud de la analogía, a instituciones de Derecho privado que poco o nada tienen que ver. Pero más bien, el problema se centra en la dificultad que supone “el valor” del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente, es decir, entre la prestación originaria y la nueva prestación, el *“aliud pro alio”*. Esta cuestión, por otro lado, dota a la dación en pago de deudas de indudable utilidad en la práctica concursal y en el contexto socio económico en el que nos encontramos. Y en particular, ante problema que se plantea en la actualidad con la caída de la economía y la inexistencia, por tanto, del valor y el precio de los bienes. PASTOR SEMPERE, C., “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, cit.

⁴⁸ Vid. nuestro comentario “Capítulo I. grupos de sociedades”, en, *Archivo Commenda de Jurisprudencia Societaria* (2011-2012), EMBID IRUJO (dir.), Granada, 2014. pp. 16-21.

de la compraventa y, por otro, la reintegración de los pagos realizados de forma discriminada con el precio percibido, por entender que la primera no es lesiva para la masa y si lo es el pago, ya que incluso tratándose de deudas vencidas pueden constituir un comportamiento discriminatorio injustificado, pero también cabe vincular ambos cuando responden a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible. Y añade que ésta es la posición que apreció la Audiencia al concluir que el comportamiento negocial complejo, no susceptible de fragmentación en distintos actos a efectos de la acción de reintegración, es lesivo para la masa activa, lo que constituye una valoración que, en cuanto supone un juicio de hecho no es susceptible de control en casación, a salvo supuestos excepcionales, excepcionalidad esta que no es apreciada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en este supuesto.

Como vemos a pesar de que casi se ha dicho todo y de que contamos con importantes aportaciones doctrinales que han contribuido a perfilar con contornos bastante definidos la figura, la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2012, nos abre un nuevo interrogante, pues sienta una doctrina que llevada al exceso nos podría conducir concebir los actos *lesivos para la masa activa* como algo “determinable” exclusivamente por las instancias, con el problema que plantean las distintas líneas interpretativas abiertas sobre la existencia y prueba de dicho “perjuicio en el contexto de las operaciones intragrupo”. Particularmente, cuando el de “actos perjudiciales para la masa activa” y la “conservación de empresas” no es algo determinado, ni tan siquiera fuera de estas operaciones. Consciente de ello la Sentencia aludida reconoce la posibilidad de contemplar su control en casación en “supuestos excepcionales”. Si bien ello vendrá atemperado con el nuevo régimen de “la compensación” en el Anteproyecto de Código, deberemos esperar a ver qué grupo de casos entran dentro del elenco “supuestos excepcionales”.

3.3.2 “El parámetro de las ventajas compensatorias”

3.3.2.1. Valoración de la recepción de la doctrina de las ventajas compensatorias en el Anteproyecto de Código

Ahora bien, la cuestión es, si la operación es calificada como “onerosa”, qué ventajas derivadas de la pertenencia al grupo son capaces de “neutralizar el perjuicio” que se sostiene en otros contextos como “injustificado” (*art. 71.2 en su juego con sus números 71.3. 1º y 2º*). Situados en “los parámetros de la doctrina de las ventajas compensatorias”⁴⁹, debemos entender que el perjuicio, -“actos perjudiciales para la

⁴⁹La teoría de las ventajas compensatorias se presenta como la solución idónea al conflicto de intereses intragrupo, a pesar de la ausencia de consenso en torno a lo que se debe considerar una adecuada compensación. En términos generales, se distingue por la doctrina que se ha ocupado de la cuestión, en profundidad, (FUENTES NAHARRO, M. *Grupos de sociedades y...* cit. pp.155 a 194). dos corrientes: la teoría cuantitativa, y la teoría cualitativa, caracterizada por una mayor flexibilidad. La cuantitativa, cuyo máximo exponente lo encontramos en el ordenamiento alemán, requiere que el otorgamiento de la ventaja deje a la sociedad como si nunca la hubiesen sufrido desventaja alguna, lo que exige que el perjuicio se compense por completo y, si no de forma simultánea, sí muy cercana en el tiempo. Esta

masa activa”- se debe haber “compensado cuantitativamente con una ventaja cierta y proporcional”⁵⁰, por tanto, será un aspecto determinante para que pueda prosperar la acción de reintegración la inexistencia o escasa incidencia del beneficio obtenido, -”la ventaja”- por la filial y como este no ha compensado, si no de forma simultánea, sí muy cercana en el tiempo, los “actos perjudiciales para la masa activa” que “permiten distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva”. *Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa*. Por otro lado, no se ha de olvidar el hecho de que el acto realizado entre las sociedades del grupo, la parte actora sigue contando con la presunción *iuris tantum* de perjuicio que se establece con motivo de la especial relación de las partes (71.3-1º LC).

Consideramos por ello muy acertada la regulación del Anteproyecto pues determina que si bien, la existencia del perjuicio a la sociedad dependiente, por ejecución de instrucciones de los administradores de la sociedad dominante deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo el artículo 291-11. matiza “1. *En el caso de que se cause algún perjuicio a la sociedad dependiente por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, ésta deberá compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de un año. Si el perjuicio fuera objetivamente previsible, el plazo de un año se contará desde la fecha de la instrucción.* 2. *En el informe de gestión de la sociedad dependiente se expresarán la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación*”.

3.3.2.2. El “control judicial” del perjuicio y su compensación.

Mientras este esperado Anteproyecto sigue su curso, debe observarse que “*el centro de gravedad de la normativa concursal sobre rescisión de actos perjudiciales del deudor lo constituye la existencia de perjuicio patrimonial y el régimen de su prueba*”⁵¹. Por

posición ha sido objeto de críticas al entenderse que exigir un rígida identificación cuantitativa entre ventaja y desventaja significa desconocer la realidad del grupo, pues, subordinar la legitimidad de la consecución del interés del grupo a la obtención de un resultado económico equivalente al que se habría obtenido de haber sido la sociedad independiente refleja la idea tradicional de que el interés del grupo se justifica en tanto haya una ausencia de perjuicio para la filial.

⁵⁰ Disentimos de PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *RDP*, nº 19, Sección Varia, Segundo semestre de 2013, “*Creo que la ventaja, a diferencia de lo que acontece en Derecho alemán, no tiene por qué ser estrictamente económica, sino que puede ser cualitativa, desde una perspectiva más amplia. A veces, en los supuestos en que el grupo tiene su origen en un contrato, éste puede prever los mecanismos de compensación (v.gr., asunción de las pérdidas de la filial en cada ejercicio, constitución de una reserva especial en la filial para compensar pérdidas, promesa de aportación de liquidez); en otras ocasiones, en especial en los grupos fácticos, las ventajas son más intangibles (prestigio, valor de marca, facilidad para contratar con proveedores, acceso a crédito, facilidad para colocar sus productos ventajosamente en el mercado, incluso con su adquisición por otras filiales, etc.)*”.

⁵¹ Como se destacó por GULLÓN BALLESTEROS, *La acción rescisoria concursal*, en VV.AA. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, p. 4126.

ello debe seguirse un especial cuidado, pues a la vista de que según se siga por nuestros juzgadores una posición u otra en torno a la “doctrina de la compensación” determinará la existencia o no del “perjuicio” -lo que constituye, recordemos, una valoración que, en cuanto supone un juicio de hecho no es susceptible de control en casación-. Y ello, sobre todo desde un punto de vista procesal, puesto que la aplicación del concepto de “perjuicio” a que se refieren los arts. 71.2.2º y 71.3.2º de la Ley Concursal se le debe dar un tratamiento separado, de cada cuestión mediante el motivo correspondiente, tratando de evitar el rechazo de su admisión por recoger el escrito de interposición del Recurso de casación motivos en los que se mezclen cuestiones heterogéneas entre sí, procesales y sustantivas, pero que en el caso que nos ha ocupado están íntimamente unidas sin que se puede entender las unas sin las otras.

Será decisivo, en consecuencia, en la preparación del Recurso de casación examinar si la parte dispositiva o fallo, además de ajustarse a lo suplicado, se sustenta en los hechos relevantes o fundamentales introducidos válidamente en el proceso por las partes en apoyo de su acción o excepción⁵², pues correlativamente a lo señalado “*se impone el deber a nuestros juzgadores de motivar las sentencias con el fin de potenciar su control en evitación de decisiones arbitrarias*”⁵³. Desde luego, qué duda cabe que la doctrina de la compensación, teoría cualitativa, caracterizada por una mayor flexibilidad y discrecionalidad para el juzgador, le sitúa peligrosamente en un terreno muy próximo⁵⁴.

Por lo señalado, cobra especial relevancia la Sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 30 de abril de 2014, que sin ser el “núcleo duro” del mismo, tiene considerable interés por lo que aquí se referirse ya que señala puede considerarse excluido el perjuicio “*si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía*”. A renglón seguido se indica, no obstante, que la mera existencia de un grupo no justifica por sí sola la atribución patrimonial que excluya el perjuicio. No cabe alegar, en tal sentido, un abstracto “interés del grupo” como elemento de cobertura de todo posible perjuicio en la prestación de garantías, ya que, a juicio del Tribunal Supremo, “*es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante*”⁵⁵.

⁵² Con los matices que derivan de las reglas *iura novit curia, da mihi factum, dabo tibi ius*, que autorizan al tribunal para encontrar el derecho aplicable a la solución del caso, aunque la parte no lo hubiera alegado, cuando los términos del debate lo permiten y, en todo caso, sin modificar ni alterar la causa de pedir, ni sustituir las cuestiones debatidas por otras (sentencias 19/2011, de 11 de febrero, y 991/2011, de 17 de enero de 2012).

⁵³ Sobre ello vid. la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) de 5 de noviembre de 2012, (9149/2012) Id Cendoj: 28079110012012100784, Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS.

⁵⁴ Si bien es cierto que no podemos olvidar que en nuestro sistema judicial se atribuye a las partes la facultad de ejercitar sus derechos en vía jurisdiccional e iniciar el proceso civil como instrumento dirigido a la tutela de sus intereses privados -la libertad de acción-, pero también la carga de alegar y probar los hechos sobre los que el juez debe decidir según la regla clásica *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*. La ya aludida, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1 de de 8 de noviembre (652/2012), de forma meridiana su ponente, el magistrado RAFAEL GIMENO BAYÓN-COBOS.

⁵⁵ EMBID IRUJO. J. M., “El interés del grupo en el concurso”, en WWW. COMMENDA (consultada por última vez el 7 de julio de 2014).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Merece un juicio altamente positivo la proyectada regulación, que a buen seguro evitará muchos quebraderos de cabeza a nuestros juzgadores, pues las operaciones intragrupalas perjudiciales pasarán por una fijación clara de los hechos y sus consecuencias en el tiempo, no meras suposiciones o conjeturas. En efecto, el Anteproyecto parte de que estas operaciones no *“irradian de modo automático efectos beneficiosos respecto a las demás personas jurídicas independientes integradas en el grupo”*⁵⁶; ni mucho menos siempre compensan a la sociedad sacrificada y a sus acreedores, ni en consecuencia, enervarán de forma automática, la acción de reintegración concursal.

No obstante, creemos conveniente la necesidad de realizar una matización al Anteproyecto que lo concilie con el “interés del concurso” -y ello sin dejar de reconocer las dificultades ya existentes para conciliar el interés social y el interés del grupo-. Las últimas reformas concursales de 2014, sitúan la conservación de la empresa viable como medio de maximización del patrimonio concursal y medio, asimismo, para alcanzar el fin primordial, -que en última instancia no ha dejado de ser el mismo- la mayor recuperación patrimonial posible de los acreedores. Por esta razón, la sociedad dependiente puede ser compensada patrimonialmente, y aun así puede verse privada de un elemento que precisaba para mantener su actividad. En consecuencia, lo señalado, puede redundar en una disminución cierta y real de las posibilidades de cobro de sus acreedores; su “insatisfacción” y la activación de una acción de reintegración. No debemos olvidar que Ley Concursal no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Ello determinará que las instrucciones perjudiciales de la sociedad dominante, deberán ser calibradas no solo desde el punto de vista del riesgo de la solvencia, sino también desde el riesgo de viabilidad.

Procede por último, matizar que quizá ello también debería ser recogido por el legislador concursal, -al realizar una reforma integral y armoniosa, como parece está previsto- y determinará en aplicación del concepto de “perjuicio” a que se refieren los arts. 71.2.2º y 71.3.2º de la Ley Concursal “el riesgo de viabilidad” de tal manera que, se aportara cierta previsibilidad al determinar qué casos entrarán a formar parte de estos supuestos de operaciones intragrupo que supongan un “acto perjudicial para la masa activa”. Y ello en aras a la seguridad jurídica, pues, como vimos, al ser una “cuestión de hecho” el Tribunal Supremo no puede entrar a “revisar” la existencia o no del perjuicio.

⁵⁶ Sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 8 de Madrid de 8 de febrero de 2012.